

英殖民者統治犧牲品的華人卻弔詭的反過來奴役其他少數民族，而且更卓有成效。後殖民的弔詭往往如此不經意間赫然重現（朱崇科：〈雨林美學：重回歷史現場還是編織想像謊言？——從本土話語論張貴興的雨林書寫〉，未刊稿）。

當然，上述補充似乎都有事後諸葛亮之嫌，同樣值得警惕的是，

在講究論述的系統性之外，如何避免論述的冗長和重複似乎是另外一個擔憂。這不能不說是王德威深知的補充的另外一層弔詭吧。

但不管怎樣，在我看來，《怪獸》相當成功地薈萃了王德威數十年來治學的亮麗風格、方法、策略和清醒獨到理念，值得仔細閱讀和深入體會。

在啟蒙傳統中的新憲政論

● 蔣余浩

在中國行憲政有個重要的問題必須面對：經由移植而來的制度、理念和價值，如何與本土的政治、文化和傳統相契合？但中國的憲政運動從來都是現實主義的、「目的—手段」為導向的。國人從來沒有試圖把憲政法治當作一種價值融合進來。80年代以來，現代法治的工具性被強調得無以復加，價值層面的追問被棄之不顧。



季衛東：《憲政新論——全球化時代的法與社會變遷（第二版）》
（北京：北京大學出版社，2005）。

在對啟蒙的反思中，啟蒙運動以「傳統／現代」、「落後／進步」、「中國／西方」的二元圖式，為民主、自由與科學以及憲政、法治奠定合法性的根據，通過將空間上的區隔轉換成時間上的差別，使得啟蒙的話語成為普適的理念、可欲的目標。梅因（Henry S. Maine）「從身

份到契約」的判斷，構造了一個人類的法律制度不斷進化的景象，法律具有康德意義上的「進步」品性，於是保障人權、保障人的自由充分發展就與法制改革聯繫起來，而法制改革又等同於面向西方的法律移植。比思想界的其他領域更糟，中國法學一開始就在實用主義的氛圍裏開始它的現代化歷程，諸多的中西制度比較、法律文化辨異，都是以「經世致用」為目的，研究西方、研究日本，也都是為立法、法律修改作建言，費正清(John King Fairbank)的「衝擊—回應」模式在這裏有相當的解釋力，啟蒙運動所要求的反思在這裏十分薄弱。

的確，在中國行憲政原本有個重要的問題必須面對：經由移植而來的制度、理念和價值，如何與本土的政治、文化和傳統相契合？但是，中國的憲政運動從來都是現實主義的、「目的—手段」為導向的：百餘年前的立憲變法，是由於夷狄以堅船利炮毀了天朝上國的迷夢帶來的刺激，為富國強兵不得已而為之；二十餘年前重拾民主法制，是有鑑於人治的威不可測和群眾運動的動盪不寧造成禮崩樂壞的痛楚，主旨是在治亂和穩定中求發展。國人從來沒有試圖把憲政法治當作一種價值融合進來，從80年代起的涉外經濟立法先行、法制為社會主義市場經濟保駕護航、根據WTO規則調適現行法律規定、依法治××等等一系列舉措，現代法治的工具性被強調得無以復加，價值層面的追問被棄之不顧，立足現實的思考被等同於實用主義的應急之策。在這

樣的歷史背景下，注重的是立法的全面鋪開。但是，當法律、法規、規章、條例形成龐大繁雜的體系，規制生活的方方面面的時候，來自社會的驚呼，諸如權威缺失、結構性腐敗、不法經營、信任危機等仍然不絕於耳，甚至愈演愈烈，於是開始滋長對法治普適性的懷疑，「啟蒙」崩塌了，「本土論」應運而生，法律成了本土本鄉人的生活樣式，對外訴求的權利讓位給向內求索的德性。而法治倡導者們還在一味強調加大立法和執法力度，陷入自我循環的論證中——社會之所以「失範」，是因為法律沒有起作用，法律之所以沒起作用，是因為執法不嚴，執法之所以不嚴，是因為立法不夠，立法之所以不夠，是因為社會變動過劇、權威缺失……

新憲政論要賡續啟蒙傳統、弘揚民主、自由、人權的價值，所必須應對的歷史命題有：第一，在「本土論」質疑單線歷史進化論、多元主義深入人心之後，如何為法制現代化尋找到理據，以說明它仍然是一種值得追求的目標？第二，在「後學」以反思現代性挑戰現代法治的價值內核之後，如何重估法治的價值、奠定堅實的信仰基礎？第三，在中國法制建設屢試不爽、普通民眾感到期盼落空之後，如何建立法治的信仰機制？

季衛東與流俗的法治論者最大的不同在於，他尤其強調中介媒體的作用。反思傳統的制度原理、規範結構和司法思維方式會發現，中國並不存在類似西方的金字塔式的規範等級體系，毋寧是一種「權力

中國並不存在類似西方的規範等級體系，而是一種「權力一元、規範多元」的循環體：權力在上沒有約束，交涉在下沒有規則。規範與社會生活一樣，具有極大的不確定性。歷史上一治一亂的循環、民間糾紛的纏訴不止，都根源於這種「雙重不確定性」。因此，推行憲政與其是確定一個最高的規範效力，不如建構一個具有彈性、又可控制的法律再生產結構。

在法制建設一次又一次的落空之後，如何在普通民眾之中重新建立起法律的信仰機制？季衛東把希望放在職業法律家、尤其是律師身上。在中國政治制度變革中，法律家可以因職業身份、良好的專業修養而制約國家科層制的官僚主義傾向、維護憲政設計中的人性化因素，在現代自由主義體制中，承擔西歐中世紀貴族階層角色的重任。

一元、規範多元」的循環體，權力歸於君主一系，規範卻可以在情、理、法之中任意選擇。由此造成的結果是，權力在上沒有約束，交涉在下沒有規則。規範與社會生活一樣，具有極大的不確定性、不可預期性。歷史上一治一亂的循環、民間糾紛的纏訴不止都根源於這種「雙重不確定性」。因此，推行憲政與其是確定一個最高的規範效力，不如建構一個具有彈性、又可控制的法律再生產結構 (constitution) (頁271)，在原則與妥協、強制與合意之間導入中立的、不變的程序規則，為變動不居的交涉、討價還價制定確定的、可預期的標準；法律推理中也是加強整合性的思維和技術，對片斷式、分立式的法律規範進行統合工作 (頁120)。正是主張導入這種「以不變應萬變」的程序作為中介機制，季衛東得以將韋伯 (Max Weber) 關於現代化法制「合理性」、可計算性的命題與多元主義的規範形態聯繫起來納入自己的思考之中。新憲政論既不否認傳統制度形態中通過交涉達成合意的事實，又不放任強制與合意短路苟合的可能，只是希望設置程序性的中立規則，將強權約束在一定的框架以內，將交涉限制在一定範圍裏。保護自由、人權仍然是它的目標，多元化的規範價值仍然得到承認，只是要縮小裁斷的空間、減少恣意、減少不確定。

當然，法律家的概念計算不同於股票經紀人的持籌計算，法律家的計算以獨特的價值為基礎。「後學」興起質疑現代法治關於法律中

立、個人理性自治的假設，人權的保護、契約自由的主張、侵權責任的設計統統成為掩蓋實質不平等的手段。個體的人碎片化了，成為社會生活的一個具體角色，父親、母親、兒子、女兒、教師……理性的概念蕩然無存，正義、秩序、合意的基礎都成了主觀的感受，此一時彼一時，沒有可判斷的標準。在這裏再堅持基於「承認」的正統性，顯得脆弱而且虛偽。憲法作為社會契約所具有的正當化形態，也由於歷史上從來沒有過社會契約這回事，而不再具有說服力。新憲政論要強調的是，當「後學」思維進入規範體系之後，將一切批判成片斷和碎末，留下的就只能是虛無，其結果要麼是「權力意志」橫空出世，要麼是陷入糾纏不清的語言遊戲中。新憲政論要重估現代法治的價值，為法治秩序找到堅實的正當性基礎。在季衛東看來，國家體制的正統性是由能使統治者與被統治者之間的關係得以正當化 (justification) 的價值觀念所構成的，主要體現為後者對前者的支配權以及統治實效的心悅誠服或者事實上、行動上的承認 (頁514)，在這個意義上，「承認」的統治被賦予了切實的含義：法治為民意的表達制定規則，通過民主的方式檢驗立法、監督權力，通過憲政的安排如抵抗權、違憲審查制度保障個人權利。由此，得以區分「承認」的統治是不是真正的憲政：只有當「承認」和「異議」同時制度化，承認才能成為法治秩序的真正可信的價值根據 (頁10)。也正是由於有了關於異議自由和抵抗權

的程序設計，作為社會契約的憲法就具有可檢驗的標準，不至於需要還原到具體締約的行為層面去（頁308）。

即使憲政和法治是可欲的，但是在法制建設一次又一次的落空之後，如何在普通民眾之中重新建立起法律的信仰機制？季衛東把希望放在職業法律家（頁7）、尤其是律師身上（頁526）。他認為與其說是信仰法律制度，毋寧說是信任那些適用法律的人，即相信他人都會按照法律的規定行事。因此，法律家首先做出信仰法律的姿態是最重要的。但這並非欺騙，法律家的信仰姿態必須以淵博的學識、嚴格的職業倫理、深沉的責任感作為基礎，必須真正的依法訴求、為權利而鬥爭，否則就會流於虛假。在中國政治制度變革中，法律家可以因職業身份、良好的專業修養而制約國家科層制的官僚主義傾向、維護憲政設計中的人性化因素，在現代自由主義體制中，承擔西歐中世紀貴族階層角色的重任。其中，律師由於既是國家法律的宣示者、實踐者和執行者，又能代表民眾主張不滿和要求，所以可能具有緩和變革與保守之間緊張的功能（頁195），更由於他們的自由職業者身份遠離政治，在推動民主與法治相結合的方面能發揮更大的作用。

季衛東在構建他的新憲政論時，一方面與各路思潮交鋒，一方面又必須回應現實的種種變化、做出建設性思考。在他看來，中國政治體制由於來自內外兩種巨大壓力，已經到了不得不變的地步。首

先，全球性民主運動高漲，新的憲政運動已經風起雲湧。在開放環境下，國內法與國際法的摩擦劇增，人權的普世話語與特殊性主張衝突日益激烈，中國要成長為大國、承擔國際責任，就不能固守意識形態的話語，必須提供出具有充分的國際說服力的普遍性理論和人才來（頁373）；其次，國內通過修憲實現的制度調整已經到了極限，多元利益都在要求國家法律的有力保護，否則，私產很難形成產業資本，相反會很容易傾向隱遁、消費以及投機（頁231），而普通民眾在政治製造的無數個「期盼」幻滅之後，如果沒有政治體制的突破性變革引發新的希望，則很難想像不會發生自下而上的憲政革命（頁257）。這些都是當代中國極其重大的問題，爭論不已。按照許紀霖的說法，中國思想界在90年代的各種紛爭，最初是由於啟蒙思想的內在衝突和內部的思想傳統不同，圍繞着中國現代性的根本問題，自己反對自己的爭論。新憲政論在立論和建言上，表現出相當的克制，無論是違憲審查的建立，還是聯邦主義的思考，或是議會制度的構想，都是以現有制度為依託，小心翼翼，在漸進改革和休克療法之外進行最優排序的作業。可以看到，新憲政論在理想與現實、穩定與變革之間，為了達成社會正義的共識而苦苦求索——在「道已裂，怎相為謀」的時代，要堅持在啟蒙的思想傳統中行進，就必須處處反思自己的處境，拷問自己的立場和思想資源，更重要的是回到常識、回到現實！

在開放環境下，國內法與國際法的摩擦劇增，人權的普世話語與特殊性主張衝突日益激烈，中國必須提供出具有充分能使國際信服的普遍性理論和人才來；其次，國內通過修憲實現的制度調整已經到了極限，多元利益都在要求國家法律的有力保護，否則，私產很難形成產業資本，相反會很容易傾向隱遁、消費以及投機。